Die Grenze zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde
der
hohen juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Bruno Dommer, Referendar.

Rawitsch
Buchdruckerei von R. F. Frank
1907.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor **Dr. Fischer.**

Korreferent: Professor **Dr. Gretener.**

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit!

Inhaltsübersicht.

Literaturnachweis.

von Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren. München 1874.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1874.
Baldus, Commentarii ad Pandectas. Lyon 1558.
Bayer, Theorie des gemeinen Konkursprozesses. München 1836.
von Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts. Bonn 1865.
Birkenbihl, Die freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar. Berlin 1900.
Birkmeyer, Das Offizialverfahren im Zivilprozeß, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. VII.
Briegleb, Geschichte des Exekutivprozesses. Stuttgart 1845.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig 1906.
Buelow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen. Gießen 1868.
von Canstein, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozesses.
Carpzow, processus juris. Jena 1657.
Carpzow, responsa juris. Jena 1608.
Daude, Das Entmündigungsverfahren gegen Geisteskranke, Verschwender und Gebrechliche. Berlin 1882.
Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm. Leipzig 1877.
Donellus, Commentarii de jure civili. Nürnberg 1828.
Dorner, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Karlsruhe 1899.
Drechsler, Ueber die Begriffe Zivilprozeß und Rechtsstreit und ihr Verhältnis in den Reichsjustizgesetzen, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 62.
Drechsler, Ueber den Begriff des außerordentlichen Verfahrens und die Arten desselben in der deutschen Reichszivilprozeßordnung, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. I.
Durand, speculum juris. Lyon 1539.
Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin u. Leipzig 1887.
Fischer, Recht und Rechtsschutz, in den von Bekker und Fischer herausgegebenen Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 6.
Fischer über Levis im literarischen Zentralblatt für Deutschland. 53. Jahrg. 1902.

Fischer über Wach's Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. X.
Fitting, Der Reichszivilprozeß. Berlin 1898.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. IV. Berlin 1892.
Frese, Gedanken über die freiwillige Gerichtsbarkeit, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. VI.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten.
Goldenring in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. I.
Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz.
Hahn, Materialien zur Konkursordnung.
Hauser, Die deutsche Gerichtsverfassung. Nördlingen 1879.
Heusler, Zur Geschichte des Exekutivprozesses in Deutschland, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. VI.
Holtzendorff, Rechtslexikon. Bd. II. Leipzig 1880.
von Jhering, Geist des römischen Rechts. Bd. I. Leipzig 1891.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.
Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.
Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.
Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 3. Aufl.
Levis, Die Entmündigung Geisteskranker. Leipzig 1901.
Lobe, Die Bevormundung wegen Geistesschwäche gemäß § 4 des sächsischen Gesetzes vom 20. Febr. 1882 im Verhältnis zu dem Entmündigungsverfahren der Zivilprozeßordnung, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. IV.
Loewe, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich. Berlin 1900.
Menger, System des österreichischen Zivilprozeßrechts. Bd. I. Wien 1876.
Menger, Beiträge zu der Lehre von der Exekution, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 55.
Mittermaier, Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformierten deutschen Strafverfahren. Stuttgart 1897.
von Mohl, System der Präventivjustiz. Tübingen 1866.
Nettelbladt, Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit. Halle 1784.
Oesterley, Versuche aus dem Gebiete der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hannover 1830.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. I. Stuttgart 1891.
Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd I. Nördlingen 1874.
von Platner, Ueber die historische Entwickelung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts. Marburg 1854.
Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Leipzig 1880.
Puchta, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erlangen 1831.
Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig und Heidelberg 1873.

Raußnitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erläutert. Berlin 1900.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.
Schmitt, Der bayrische Zivilprozeß. Bd. I. Bamberg 1870.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.
Seuffert, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung, in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. XII.
Strauch, Dissertationes XXIX ad Jus Justinianeum. Jena 1659.
Schultze-Görlitz u. Oberneck, Die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.
Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. Freiburg i. B. und Tübingen 1883.
Schultze, Das deutsche Konkursrecht. Berlin 1880.
Uebel, Ein Beitrag zur Feststellung des Begriffs und Umfanges der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der Zivilprozeßordnung, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. I.
von Völderndorf über Zöller in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XXIII.
Wach, Der italienische Arrestprozeß. Leipzig 1868.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten. Bd. XIV.
Weißler, Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. Leipzig 1865.

§ 1.

Einleitung.

Die Justizhoheit des Staates umfaßt die Einsetzung, Erhaltung und Ueberwachung der für die Rechtspflege nötigen Organe sowie die Ausübung der Rechtspflege selbst.

Dementsprechend waren auf den tieferen Stufen der Kulturentwickelung diese beiden Seiten der Justizhoheit fest mit einander verbunden. Erst die Erkenntnis, daß im Interesse der Gerechtigkeit eine Trennung der Organe für die Ausübung der Rechtspflege von den sonstigen im Bereiche der Justizhoheit tätigen Organen der Staatsgewalt notwendig sei und erstere eine von letzteren möglichst unabhängige Stellung erhalten müßten, führte auf den höheren Stufen zu einer Sonderung, welche im modernen Staatsrecht als die Unterscheidung zwischen Justizverwaltung und Gerichtsbarkeit aufgefaßt zu werden pflegt.

Die Justizverwaltung[1]), auch Gerichtsherrlichkeit genannt, hat hiernach die Aufgabe, die Rechtspflege überhaupt zu ermöglichen; sie hat für die Anordnung der Gerichte zu sorgen, ihren Geschäftskreis, ihre Geschäftsverteilung und Geschäftsordnung zu bestimmen, sowie die für die Handhabung der Rechtspflege erforderlichen Behörden und Beamten einzusetzen, zu prüfen und zu überwachen.

Der Gerichtsbarkeit liegt es ob, alles, was zum Geschäftskreise oder zur Zuständigkeit der Gerichte gehört, was geeignet ist, vor Gericht gebracht und daselbst verhandelt zu werden, in rechtswirksamer Weise nach Maßgabe der bestehenden Gesetze zu erledigen.[2])

Nach den verschiedenen Arten der Gerichte oder nach den verschiedenen Arten der den Gerichten zugewiesenen Geschäfte könnte

[1]) Die Reichsgesetze sprechen nur von Justizverwaltung im Gegensatze zur Gerichtsbarkeit. Der Ausdruck „Gerichtsherrlichkeit“ ist ihnen fremd.

[2]) Laband, Staatsrecht. II, S. 329.

man zahlreiche Einteilungen der Gerichtsbarkeit aufstellen. Nur eine Einteilung aber, nach der ihr Gesamtgebiet in zwei große Teile zerfällt, verdient besonderes Interesse. Es ist die Einteilung in streitige Gerichtsbarkeit und alle übrige Gerichtsbarkeit, die von jeher als freiwillige Gerichtsbarkeit bezeichnet wird.

Die große Bedeutung dieser Unterscheidung liegt in der verschiedenen rechtlichen Behandlung der Angelegenheiten dieser beiden Arten der Gerichtsbarkeit und verleiht daher einer Abgrenzung ihrer Gebiete nach dem geltenden deutschen Rechte nicht nur theoretischen sondern auch praktischen Wert.

Allein schon die Feststellung des inneren Wesens und des begrifflichen Unterscheidungsmomentes beider bereitet Schwierigkeiten. Denn das positive Recht enthält keine Begriffsbestimmung und der bloße Name gibt den inneren Grundgedanken der Unterscheidung wenigstens für das heutige Recht nicht mehr wieder. Auch hier gilt vielmehr der Satz, daß alles, was vor uns steht, nur verstanden wird, wenn man versteht, wie es entstanden ist.[3]) Es bedarf eines Rückblicks auf den geschichtlichen Entwickelungsgang, um dem Wesen der beiden Begriffe gerecht zu werden und ihren Wert für das geltende Recht zu erkennen.

---

[3]) Wach, Handbuch I, S. 130.

I. Geschichtliches.

§ 2.

Römisches Recht.

Das römische Recht kannte ursprünglich nur eine Art von Gerichtsbarkeit mit der Aufgabe, das objektive Privatrecht zum Schutze privatrechtlicher Interessen zu verwirklichen. Dieser Rechtsschutz war nur unter bestimmten, durch das jus civile oder das jus praetorium geregelten Voraussetzungen und zwar nur dann gegeben, wenn das materielle Recht eine actio anerkannte. Nur in diesen Fällen konnte eine Streitbefestigung (litis contestatio) erfolgen und eine richterliche Sachentscheidung (judicium) herbeigeführt werden. Andere Voraussetzungen gab es nicht; insbesondere war nicht erforderlich, daß eine Rechtsverletzung, ein Verstoß gegen die Rechtsordnung, behauptet wurde; es genügte vielmehr regelmäßig die Behauptung eigenen Rechts (ajo te mihi decem dare oportere; ajo hunc hominem meum esse), um Rechtsschutz zu genießen. Nur mußte stets ein bestimmter Gegner vorhanden sein, gegen den der Rechtsschutz des Staates in Anspruch genommen wurde.[1])

Das Rechtsschutzverfahren, der sich in strengen Formvorschriften bewegende Zivilprozeß (lis), gab dem Gegner die Möglichkeit, den geltend gemachten Anspruch anzuerkennen oder zu bestreiten. Auf sein Verhalten kam es aber nicht an. Auch wenn das Verfahren ohne tatsächlichen Streit durch Anerkenntnis (confessio in jure), Vergleich oder Zurücknahme der Klage erledigt wurde, war Prozeß (lis) vorhanden. Denn für diesen war nur wesentlich die Möglichkeit entgegengesetzter Rechts- und Tatbehauptungen innerhalb des Verfahrens und die Möglichkeit eines Richterspruches über die Rechtmäßigkeit des Klagebegehrens am Schlusse desselben.

---

[1]) vgl. Fischer. Recht und Rechtsschutz, § 8.

Verurteilung und die dieser gleichgestellte confessio in jure ermöglichten sodann das Zwangsvollstreckungsverfahren, das in konsequenter Realisierung des Urteils die Zwangsgewalt des Magistrats als zweite Erscheinungsform der Gerichtsbarkeit zur Geltung brachte.

Aber diese sich nur in der Entscheidungs- und Zwangsgewalt des Richters äußernde Gerichtsbarkeit genügte dem Verkehrsleben auf die Dauer nicht. Das Verkehrsleben gebrauchte auch für die Uebertragung nicht streitiger Rechte eine gesetzlich unanfechtbare Form und wußte dieses Ziel durch geschickte Benutzung gewisser Prozeßhandlungen, namentlich der confessio in jure, bequem zu erreichen. Indem man tatsächlich unbestrittene Rechtsverhältnisse in Prozeßform kleidete, entzog man dem Magistrat die Möglichkeit, die Ernstlichkeit des Streitwillens zu prüfen, und erreichte auf diese Weise einen dem Wunsch und Willen beider Teile entsprechenden Richterspruch[2]) und damit auch für nicht streitige Verhältnisse den Schein rechtlicher, mit dem echten Prozeß in Verbindung stehender Zustände. Und dieser die Entscheidungs- und Zwangsgewalt des Magistrats außer Kraft setzende Scheinprozeß, gegen dessen rechtliche Anerkennung Bedenken nicht auftauchten, führte schließlich zu einem glänzenden Siege des praktischen Lebens über das nicht genügend ausgebildete Recht. Denn es bildete sich allmählich ein bestimmter Kreis freiwilliger Rechtsgeschäfte aus, bei denen in Ermangelung einer aktiven Tätigkeit des Magistrats auch von den Erfordernissen des rechten Ortes, der rechten Zeit, der örtlichen Zuständigkeit und der gesetzlichen Ausschließungsgründe abgesehen werden durfte, so daß der Beamte vor sich selbst freilassen und adoptieren, sogar freigelassen und adoptiert werden konnte. [3])

Das behördliche Recht zur Entgegennahme dieser Rechtsgeschäfte, zu denen zunächst nur manu missio, emancipatio und datio in adoptionem gehörten[4]), wird in der einzigen Stelle des corpus juris civilis,[5])

---

[2]) Carpzow, proc. jur., Tit. 2, § 3 S. 26: „jurisdictio, quae voluntate et consensu alterius explicatur".

[3]) L. 1, 5, 7, 17, 18, § 2 Dig. de manumissione; l. 3, 4, 36, Dig. de adopt. 1, 7; l. 2, Dig. de off. praet. 1, 14; l. 2, Dig. de off. praet. 1,18; l. 1 eod. de emancp. 8, 49.

[4]) Puchta, Handbuch S. 40; Weißler, Kommentar S. 1.

[5]) L. 2, Dig. de off. proc. 1, 16.

die diesen Ausdruck gebraucht, als jurisdictio voluntaria bezeichnet und der eigentlichen Entscheidungs- und Zwangsgewalt umfassenden jurisdictio gegenübergestellt, die fortan jurisdictio contentiosa genannt wird. Der Unterschied dieser beiden Arten der Gerichtsbarkeit wird durch ihre Namen treffend gekennzeichnet. Die streitige Gerichtsbarkeit diente dem Rechtsschutze durch Aufrechterhaltung oder Verwirklichung der Rechtsordnung, die freiwillige Gerichtsbarkeit dem unter behördlicher Mitwirkung erfolgenden Abschlusse von Rechtsgeschäften. Aeußerlich kam dies dadurch zum Ausdruck, daß im Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit dem Magistrat die Pflicht der causae cognitio oblag, im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine solche dagegen nicht vorhanden war.

An dieser Begriffsbestimmung hielt die römische Rechtswissenschaft fest, schützte insbesondere die freiwillige Gerichtsbarkeit sorgfältig vor dem Einflusse fremder Elemente und rechnete die Vormundsernennung der jurisdictio contentiosa zu, indem sie sie dem Rechte, im Prozeß den Richter zu ernennen, gleichstellte.[6])

---

§ 3.

Altdeutsches Recht.[1])

Das altdeutsche Recht, ein in den Gerichtsversammlungen ausgebildetes ungeschriebenes Volksrecht, das den einzelnen Rechtsfall mit unbeugsamer Strenge den Anschauungen der Gesamtheit unterwarf, gewährte Rechtsschutz nur gegen Rechtsverletzung, sah aber eine solche nicht nur in einem positiven Bruche der Rechtsordnung, sondern schon in der Nichtanerkennung eines Rechts oder der Vorenthaltung dessen, was jemandem Kraft eines Rechts gebührte.[2])

Der Rechtsgang wickelte sich nur zu einem verhältnismäßig kleinen Teile vor Gericht, im übrigen aber außergerichtlich ab und mußte, um prozessualisch wirksam zu werden, gewissen Formvorschriften genügen. Nur dann konnte er die Grundlage für das Urteil bilden, das hier aber nicht wie im römischen Rechte die endgültige Lösung der Parteistreitigkeit, sondern nur das Zustandekommen eines

---

[6]) Dig. de jurisdict. 2, 1 pr.

[1]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 152 ff., 252 u. 256.

[2]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, § 8.

Sühnevertrages bezweckte und demgemäß nur dessen Voraussetzungen feststellte. Diese Feststellung genügte, um mittels des Urteilserfüllungsvertrages die außergerichtliche Befriedigung der obsiegenden Partei zu ermöglichen. Eine Eigentümlichkeit dieses Rechtsschutzverfahrens war die Zulässigkeit des außergerichtlichen Beweisgedinges, d. h. eines Vertrages, durch den die Parteien die Form des für ein Rechtsgeschäft im Rechtsgange zu erbringenden Beweises verabreden konnten. Indem man diesen Beweisvertrag späterhin auch außerhalb des Rechtsganges und zwar schon beim Abschlusse von Rechtsgeschäften oder sonstigen Rechtsakten für zulässig erachtete, gelangte man auch außergerichtlich zu einer Feststellung, die sich in keiner Weise von einer urteilsmäßigen Feststellung unterschied und daher praktisch zu demselben Ergebnis führte wie der römische Scheinprozeß. Anfangs durfte im Beweisgedinge allerdings nur vereinbart werden, daß das Zustandekommen und der Inhalt eines Rechtsgeschäfts durch den Eid von Zeugen, die zu diesem hinzugezogen worden waren, bewiesen werden sollte. Später aber, insbesondere schon zu den Zeiten der Merovinger und Karolinger, mehr noch im 10. und 11. Jahrhundert und bis ins 15. Jahrhundert hinein wurde der Mangel der Zuziehung von Zeugen durch den Anhang eines königlichen oder herrschaftlichen Siegels gehoben und schließlich das Siegel ganz allgemein für ausreichend erachtet, Schenkungsurkunden zu bestätigen, Testamenten die fides publica zu beschaffen und anderen Rechtsgeschäften Festigkeit und Geltung zu geben (instrumenta authentica).[3]) Auf dieser Entwickelungsstufe blieb das deutsche Recht im allgemeinen bis zur Rezeption des römischen Rechts stehen.

§ 4.

Gemeines deutsches Recht.

Mit der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland gelangte hier eine Fülle römisch-rechtlicher Anschauungen und Einrichtungen zur Geltung, deren Wirkungen sich auch auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit bemerkbar machten. Denn diese wurde fortan wie im römischen Rechte in streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit eingeteilt, indem man nach wie vor mit Durand[1]) als das Wesentliche des Begriffs der jurisdicto voluntaria die rein passive Mitwirkung des

---

[3]) Weiske, Rechtslexikon S. 650 und die dort zitierte Literatur.

[1]) Durand, speculum juris, pars II, tit. de feriis § sequitur.

Magistrats oder, wie Durand es nennt, das Fehlen der causae cognitio ansah. Immerhin stellten sich bei dem schnell wachsenden Umfange der Gerichtsbarkeit der Zuteilung der einzelnen Angelegenheiten zu dem einen oder anderen Gebiete bald Schwierigkeiten entgegen. Denn viele Rechtsstoffe konnten wegen wesentlicher Verschiedenheiten ihrer causae cognitiones nicht ohne weiteres zur jurisdictio contentiosa und andererseits wegen des Vorhandenseins der causae cognitiones nicht zur jurisdictio voluntaria gerechnet werden. Wollte man die Unterscheidung nicht ganz aufgeben, so mußte man mit Baldus[2]) eine jurisdictio quasi contentiosa konstruieren und ihr alle diejenigen Sachen zuweisen, deren Eingliederung in das Gebiet der jurisdictio contentiosa oder jurisdictio voluntaria aus inneren Gründen nicht angängig war. Die jurisdictio quasi contentiosa, ein die verschiedensten Materien umfassendes zweifelhaftes Mittelgebiet, widersprach aber dem Denkvermögen der klassisch gebildeten Juristen und fand daher nur wenig Anklang. Schon nach kurzer Zeit wurden die ihr von Baldus zugewiesenen Materien ganz allgemein der jurisdictio voluntaria zugeschlagen.[3]) Diese Angliederung zwang die Wissenschaft, die causae cognitio als Unterscheidungsmerkmal der jurisdictio contentiosa gegenüber der jurisdictio voluntaria aufzugeben. Die causae cognitio wurde nunmehr das Trennungszeichen für zwei Gebiete innerhalb der jurisdictio voluntaria, die von Donellus[4]) treffend durch die Formel charakterisiert werden: „Quaedam solum auctoritatem et approbationem desiderant, quaedam permissum causa cognita et decretum.“ Diesem Prinzip entsprechend gehören zur ersten Gattung adoptio, manumissio, emancipatio und bonorum possessionis agnitio, zur zweiten dagegen die gerichtliche Genehmigung eines Vergleichs über vermachte Unterhaltsgelder, sowie die Genehmigung der Veräußerung von Grundstücken Minderjähriger und der Freilassung Minderjähriger.[5])

Mit dieser Erweiterung des Gebietes der jurisdictio voluntaria verlor deren Begriff einen erheblichen Teil seiner ursprünglichen Bedeutung. Denn nur die erste Gruppe umfaßt das, was das römische Recht ursprünglich unter jurisdictio voluntaria verstand, während die

---

2) Baldus, Comt. ad Pand., Bl. 35b, Sp. 2.

3) Weißler, a. a. O., S. 2.

4) Donellus, Comt. de jur. civ. lib. XVII cap. VI.

5) Glück, Erl. d. Pandekt., III S. 96.

zweite Gruppe eine Anzahl vormundschaftlicher Verrichtungen bildet, die nicht von rein rechtsgeschäftlichem, sondern zugleich dem sozialpolitischen Zwecke staatlicher Oberaufsicht beherrscht wurden.[6]) Auch späterhin hielt man im wesentlichen diesen Standpunkt fest; nur wurden die inzwischen häufiger gewordenen gerichtlichen Rechtsgeschäfte, wie Testamente, Schenkungen und dergleichen mit zur ersten Gattung, andere dagegen, wie die Bestätigung von Hypotheken u. s. w. wegen der dabei nötigen causae cognitio zur zweiten Gattung oder aber zur jurisdicto contentiosa gerechnet.[7])

Trotz der Unsicherheit bei der Unterbringung der einzelnen Materien zeigt sich auch jetzt noch vereinzelt ein strenges Festhalten des echten römischen Begriffs. So versteht noch Strauch[8]) unter jurisdictio voluntaria ausschließlich die römischen Grundgeschäfte und stellt diese einer anderen, alle nicht hierzu oder zur jurisdictio contentiosa gehörigen Angelegenheiten umfassenden Gruppe gegenüber, der er den Namen jurisdictio voluntaria extraordinaria beilegt. Nur die Vormundsernennung vermochte man hier nicht einzureihen und wies sie daher grundsätzlich nach wie vor der jurisdictio contentiosa zu oder erfand für sie in Anlehnung an Donellus ein besonderes Gebiet, die jurisdictio mixta.[9]) Auch Daniel Nettelbladt[10]) zählt zur jurisdictio voluntaria oder, wie er sagt, zur „willkürlichen Gerichtsbarkeit" nur diejenigen Sachen, bei denen der Richter ohne Untersuchung verfährt, während er alle übrigen außerhalb des streng geschiedenen Gebietes der jurisdictio contentiosa gelegenen, bei denen causae cognitio in mehr oder weniger großem Umfange stattfand, zur „gemischt willkürlichen Gerichtsbarkeit" vereinigte.

Doch das Rechtsleben schritt in seiner Entwickelung rüstig fort. Reichsgesetze, Partikularrecht und Gewohnheitsrecht sorgten unablässig für die Schaffung neuer Einrichtungen zur friedlichen Abwickelung des privaten Gesellschaftslebens, wobei oft gar nicht mit dem Privatrecht in Beziehung stehende Rücksichten (z. B. steuerfiskalische Rücksichten bei der Ueberwachung des Verkehrs mit Grund und Boden)

---

[6]) Wetzell, System, S. 460.

[7]) Carpzow, proc. jur., tit. II § 3 und resp. jur. lib. IV, tit. I resp. 3'.

[8]) Strauch, diss. XX de jurisdict. et magistrat.

[9]) Oesterley, Versuche, S. 62.

[10]) Nettelbladt, Anleitung, S. 200 ff.

mitwirkten. So entstanden die Auflassung, das Grundbuchwesen, das Notariat, das Nachlaßwesen, die Handelsregister u. s. w.[11]) Obgleich diese Materien zum Teil unabhängig von einander entstanden und verschieden geartet waren, hatten sie doch alle das gemeinsam, daß sie keine Prozesse waren, ein negatives Moment, das die Möglichkeit einer Einweisung in das Gebiet der jurisdictio contentiosa schlechthin ausschloß. Das Einfachste schien daher, sie zusammen mit den öffentlichen Rechtsgeschäften und dem ganzen Vormundschaftswesen dem Gebiete der jurisdictio voluntaria zuzuschlagen. Mit diesem Schritte, der nicht lange auf sich warten ließ,[12]) erwuchs der Wissenschaft die Aufgabe, das gemeinsame Element der zahlreichen, zu dem Gebiet der jurisdictio voluntaria vereinigten Materien herauszufinden, um eine begriffliche Grenze zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit ziehen zu können.

Der erste, der sich dieser, namentlich wegen der Sonderstellung des Notariats, schwierigen Aufgabe unterzog und durch seinen Versuch wenigstens das Interesse der Wissenschaft für die gedachte Unterscheidung erweckte, war W. H. Puchta.[13]) Er sieht das Kriterium im Zweck und nennt jurisdictio voluntaria diejenige richterliche Tätigkeit, welche neu zu begründenden Rechten eine den rechtlichen Interessen der beteiligten Personen angemessene Form geben soll.

Diese auf den ersten Blick ansprechende Begriffsbestimmung trifft aber für das Vormundschaftswesen überhaupt nicht und für das Grundbuch- und Registerwesen nur teilweise zu. Oesterley[14]) erkannte diesen Mangel und erklärte seinerseits die freiwillige Gerichtsbarkeit als die Befugnis und Pflicht des Staates, zur Vermeidung von Rechtsstörungen bei Begründung, Veränderung und Entwickelung von Privatrechtsverhältnissen mitzuwirken.[15])

Diese Begriffsbestimmung ist seitdem herrschende Meinung geworden und hat im allgemeinen auch den Beifall der bedeutendsten Prozessualisten, insbesondere Wachs[16]) gefunden.

---

11) Weißler, S. 2.
12) Weißler, S. 2.
13) Puchta, Grenzen, S. 20.
14) Oesterley, Versuche S. 43.
15) Für die geschichtliche Entwickelung Weißler, S. 1.
16) Wach I, S. 53; vergl. auch Fischer über Wach, S. 417 ff.

II. Das geltende Recht.

A. Allgemeiner Teil.

§ 5.

Der gesetzliche Umfang der Gebiete der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Was das geltende Recht unter streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit versteht, kann nur aus dem Gesetze selbst beantwortet werden, wobei zu berücksichtigen ist, daß sich inzwischen auch auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit nicht unerhebliche Wandlungen vollzogen haben.

Ist dadurch die Feststellung des Begriffs der heutigen streitigen Gerichtsbarkeit schon an sich sehr erschwert, so kommt noch hinzu, daß die Reichsgesetzgebung keine Definition enthält, obgleich sie im § 2 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze den Grundsatz aufstellt, daß die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung finden, den Begriff also als feststehend voraussetzt. Das Gerichtsverfassungsgesetz zählt nun allerdings im § 12 diejenigen Gerichte auf, durch welche die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, und normiert im § 13 die Zuständigkeit dieser Gerichte dahin, daß es ihnen alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen zuweist, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

Aus dieser Zuständigkeitsordnung läßt sich aber keine sachliche sondern eine nur formelle Definition der heutigen streitigen Gerichtsbarkeit dahin gewinnen, daß sie alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen umfaßt, welche nicht vor Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zu erledigen sind.

Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen werden also vom Gesetze zum Begriffe der streitigen Gerichtsbarkeit vereinigt und als solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber gestellt. Daraus folgt — was vielfach verkannt oder wenigstens nicht genügend gewürdigt wird —, daß die Unterscheidungsmerkmale beider auch unter Berücksichtigung der Strafgerichtsbarkeit und zwar aus den Erscheinungsformen beider festzustellen sind. Dabei darf nicht beirren, daß die Strafgerichtsbarkeit stets streitige Gerichtsbarkeit ist, und der Gegensatz zwischen dieser und der freiwilligen Gerichtsbarkeit eigentlich dem Gebiete der Zivilgerichtsbarkeit angehört.

Der Begriff der Strafsache ergibt sich aus dem materiellen Strafrecht. Er setzt ein Verfahren voraus, welches, wie die Motive sagen, „die Entscheidung über die Anwendung einer strafrechtlichen Norm zum Zwecke hat", in welchem es sich also um die Verhängung einer kriminellen Strafe im weiteren Sinne dieses Wortes handelt.

Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten läßt sich dagegen nicht ohne weiteres aus dem materiellen Recht ableiten. Daher vermißte man auch seinerzeit bei der Lesung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung in der zu Hannover tagenden Kommission[1]) eine Definition und beanstandete aus diesem Grunde die Fassung des § 1, da der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" darin als etwas Gegebenes vorausgesetzt werde. Dies könne, so führte man aus, wohl in einem Landesgesetze, nicht aber in einer für einen größeren Komplex von Staaten bestimmten Prozeßordnung geschehen, da der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" in den verschiedenen Staaten ein ganz verschiedener sei. Diesem Bedenken begegnete man damals leider erfolgreich mit dem Hinweise, daß dies nicht der Fall sei, der Begriff vielmehr ganz allgemein in der Wissenschaft feststehe und daher nicht erst durch die Prozeßordnungen zu definieren sei.

In ähnlicher Weise heben die Motive[2]) hervor, daß der Begriff keine oder doch nur eine durchaus ungenügende Definition leide, und es unausführbar sei, ihn gemeinsam für alle deutschen Staaten zu präzisieren, daß er aber ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des deutschen Reiches überall — sei es im geschriebenen oder ungeschriebenen Rechte — gesetzlich fixiert sei

---

[1]) Hann. Prot., Bd. II., S. 343.

[2]) Hahn, Materialien, I, 1. S. 47.

und demnach für die Bestimmung einer Sache als bürgerliche Rechtsstreitigkeit in erster Linie die Reichsgesetze, in weiterer Linie aber das Landesrecht der einzelnen Staaten maßgebend seien.

Auf diesem von den Motiven gewiesenen Wege gelangt man tatsächlich zu einem einigermaßen befriedigenden Ergebnis. Denn aus der im § 3 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung enthaltenen Vorschrift, daß die Zivilprozeßordnung auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, die vor die ordentlichen Gerichte gehören, geht deutlich hervor, daß reichsrechtlich alle von der Zivilprozeßordnung besonders geregelten sowie alle sonst noch nach ihren Verfahrungsvorschriften zu erledigenden Materien als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten anzusprechen sind. Eine Untersuchung dieser Angelegenheiten muß also den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ergeben. Unter den in der Zivilprozeßordnung ausdrücklich normierten Materien gibt es zahlreiche Rechtseinrichtungen, die zu einem wahren Streitverfahren mit widersprechender Sachdarstellung nicht führen können oder wenigstens nicht immer zu führen brauchen. Daraus folgt, daß der Ausdruck „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ sich nicht mit dem des Rechtsstreits deckt. Denn von einem Rechtsstreit spricht das Gesetz, wie Fischer nachgewiesen hat,[3]) nur, wenn ein Verfahren mit der Möglichkeit kontradiktorischer Verhandlung und richterlicher Sachentscheidung in Frage steht. Will es auch andere Verfahrensarten, z. B. das Mahnverfahren, mit einem Worte zusammenfassen, so gebraucht es stets den Ausdruck „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“. Jeder Rechtsstreit gehört also zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; nicht aber bildet umgekehrt jede bürgerliche Rechtsstreitigkeit einen Rechtsstreit. Der Ausdruck „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ ist ein weiterer als der des „Rechtsstreits“; er bezieht sich auch auf Rechtsangelegenheiten, die mit einem Rechtsstreit nichts zu tun haben, im übrigen aber auch den Zweck verfolgen, Rechtsschutz zu gewähren. Er wird demgemäß auch von der Zivilprozeßordnung ohne Rücksicht auf den Inhalt und das Stadium des Verfahrens gebraucht.

Für die Beantwortung der Frage, welche Rechte sonst noch im Wege des Zivilprozesses zu verfolgen sind, also der streitigen Gerichtsbarkeit angehören, fehlt es an einer reichsgesetzlichen festen Grundlage, weil

[3]) vgl. Fischer über Wach, S. 420 ff.

für die meisten Rechtsstoffe dasselbe Verfahren vorgeschrieben ist. Immerhin ist man einer Prüfung überhoben, wo das Gesetz seinen Standpunkt klar zu erkennen gibt. Deshalb kann dort kein Zweifel aufkommen, wo es sich um Angelegenheiten handelt, die durch Reichsgesetz und die entsprechenden Landesgesetze ausdrücklich der streitigen Gerichtsbarkeit entzogen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind. Soweit also Rechtsstoffe in Frage stehen, welche in dem Reichsgesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder den entsprechenden Landesgesetzen behandelt sind, kann von streitiger Gerichtsbarkeit keine Rede sein. Im übrigen gibt das materielle Recht oft durch Verweisung auf Klage und Urteil oder in sonstiger Weise einen deutlichen Fingerzeig für seine Auffassung. Wo dies nicht geschieht und deshalb Bedenken über den Charakter einer Angelegenheit auftauchen können, fällt der Wissenschaft die Aufgabe zu, den Sinn des Gesetzes durch Erforschung des inneren Wesens der einzelnen Angelegenheit in Verbindung mit ihrer systematischen Stellung festzustellen. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist also nur ein anderer Ausdruck für jede Rechtssache, welche geeignet ist, im Wege des Zivilprozesses erledigt zu werden, ohne Unterschied, ob es dabei zu einem Abstreiten des geltend gemachten Anspruchs kommt oder nicht, ist also nur eine andere Bezeichnung für das Gebiet des Zivilprozesses im weiteren Sinne, d. h. das Gebiet der nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu erledigenden streitigen Zivilgerichtsbarkeit.[4]) Dabei darf er nicht auf Ansprüche beschränkt werden, die in Rechtsverhältnissen des Privatrechts ihre Grundlage haben. Auch der in Normen des öffentlichen Rechts wurzelnde vermögensrechtliche Anspruch stellt sich als bürgerliche Rechtsstreitigkeit dar, sofern er zu der individuellen Rechtssphäre einer einzelnen physischen oder juristischen Person gehört. (vgl. R.G. 57, S. 350 ff.)

§ 6.

Ablehnung unwesentlicher Unterscheidungsmerkmale.

Läßt sich aber eine feste Abgrenzung zwischen den Angelegenheiten der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus der durch die Reichsjustizgesetze und ihre Ergänzungen gegebenen sachlichen Zuständig-

[4]) Fischer über Wach. S. 412.

keitsordnung nicht herleiten, so ist eine nähere Untersuchung ihres inneren Wesens erforderlich, um eine Eingliederung der im materiellen Rechte geregelten Materien in das eine oder andere Gebiet vornehmen zu können.

Die bloße Bezeichnung der beiden Arten der Gerichtsbarkeit könnte dazu verleiten, den Gegensatz mit vielen anderen[1]) in der Bestrittenheit oder Unbestrittenheit des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses zu suchen. Allein so richtig diese Annahme solange war, als sich die freiwillige Gerichtsbarkeit auf der ersten Entwickelungsstufe befand, so unrichtig ist sie heut. Allerdings umfaßt die staatliche Aufgabe der Handhabung des Rechtsschutzes auch heut noch die Verhandlung und Entscheidung eines wahren Rechtsstreits, ja die Erledigung eines Streits bildet auch heut noch den Schwerpunkt des Prozesses. Aber deshalb ist sie für den Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit nicht wesentlich. Denn diese wird auch in zahlreichen Fällen geübt, in welchen ein wahres Streitverfahren überhaupt nicht möglich ist oder wenigstens nicht unbedingt einzutreten braucht.

Immer aber besteht auch heut noch im Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit für den Gegner die Möglichkeit der Verteidigung gegen den geltend gemachten Anspruch. Ohne daß es zu einer tatsächlichen Erklärung des Streitwillens zu kommen braucht, war entsprechend der römischen Auffassung ein Rechtsstreit auch dann vorhanden, wenn das Verfahren nach erhobener Klage durch Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil erledigt, oder wenn die Klage später zurückgenommen oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges oder Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts abgewiesen wurde.[2]) Daß ein streitiges Rechtsverhältnis vorliege, ist also nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Normen der streitigen Gerichtsbarkeit. Es kann sogar umgekehrt freiwillige Gerichtsbarkeit die Form eines Verfahrens über streitige Rechte annehmen. Die gemeinrechtliche Extrajudizialappellation,[3]) überhaupt das ganze Rechtsmittelverfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit sind geschichtliche Beispiele mit überzeugender Beweiskraft. Zudem sind auch im heutigen Rechte zahlreiche Angelegenheiten, die bisher im Wege des Zivilprozesses zu erledigen waren, der freiwilligen Gerichts-

---

[1]) Glück, Pandk. III, S. 92; Puchta, Handb. § 3; Renaud, § 22; u. a. m.
[2]) Wach I, S. 18 ff.; Fischer über Wach, S. 421.
[3]) Menger, System S. 22.

barkeit zugewiesen und dort einem Verfahren unterworfen, in welchem für die Austragung eines Streits unter den Beteiligten Raum ist und ein solcher in der Praxis gar nicht zu selten hervortritt.[4])

Die Erscheinungsformen der Strafgerichtsbarkeit ergeben gleichfalls die Unhaltbarkeit der Auffassung, daß das Wesen der streitigen Gerichtsbarkeit im Gegensatze zur freiwilligen Gerichtsbarkeit in der streitigen Seite der ihr angehörenden Angelegenheiten beruhe. Denn wenn sich jemand dem gegen ihn erlassenen Strafbefehle ohne weiteres unterwirft oder die ihm zur Last gelegte Tat glaubwürdig zugesteht, und daraufhin seine Verurteilung erfolgt, so ist von einem Streitverfahren zwischen ihm und der Anklagebehörde keine Rede gewesen. Es hat überhaupt kein Bestreiten stattgefunden, nur die Möglichkeit dazu vorgelegen. Trotzdem liegen in beiden Fällen Akte der streitigen Gerichtsbarkeit vor, und solche waren auch vorhanden, wenn das Verfahren[5]) schließlich durch die rechtskräftige Freisprechung des Angeklagten beendigt wurde.

Der Gegensatz zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit liegt auch nicht darin, daß es sich hier lediglich um dem Willen der Beteiligten unterliegende Handlungen, um Rechtsgeschäfte handle, wogegen der Prozeß die zwangsweise Realisierung des Rechts zum Gegenstande habe.[6]) Allerdings liegt freiwillige Gerichtsbarkeit immer dann vor, wenn gerichtliche Handlungen zu ausschließlich rechtsgeschäftlichen Zwecken vorgenommen werden, wie aus der geschichtlich interessanten Tatsache des Scheinprozesses mit genügender Deutlichkeit hervorgeht Andererseits wird aber auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit vielfach, z. B. bei der Anwendung des dem Vormundschafts- oder Registerrichter eingeräumten Ordnungsstrafrechts Zwang geübt, der sich zudem in Formen äußert, in denen gewöhnlich die prozessualische Befehls- und Zwangsgewalt zum Ausdruck kommt. Immerhin besteht hier noch der Unterschied, daß es sich dabei nicht um eine Tätigkeit handelt, welche privatrechtliche, den Inhalt eines zivilen Rechtsverhältnisses bildende, sondern öffentlich rechtliche Pflichten erzwingen soll, welche im Interesse der Privatrechtsordnung geschaffen

---

4) B.G.B., §§ 1357, 1358, 1379, 1402, 1447, 1451, 1629, 1673, 1727.

5) Schmidt, Lehrbuch S. 130.

6) So die Glosse omnes ad l. 2 Dig. de off. proc. 1, 16.

wurden[7]) Doch auch darin liegt kein durchgreifendes Unterscheidungsmoment. Denn auch der Zivilprozeßordnung sind teils wegen begrifflicher Unklarheiten, teils wegen Mangels eines genügenden publizistischen Prozesses — allerdings nur vereinzelt — öffentlich rechtliche Streitigkeiten zugewiesen worden.[8])

Das Beschreiten des Prozeßweges ist ferner, soweit nicht das öffentliche Wohl, wie z. B. im Strafprozeß, ein amtliches Einschreiten erfordert, regelmäßig dem freien Entschlusse des Rechtsschutzsuchenden unterworfen, während die Einleitung eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit heut keineswegs mehr erst auf Anregung der Beteiligten erfolgt. Der Prozeß hängt also von einem aktiven Vorgehen desjenigen ab, der Rechtsschutz sucht und hat demnach zur Voraussetzung das Vorhandensein eines subjektiven Rechts. Das Urteil ist also nur Gesetzesanwendung, es wirkt rechtskonstituierend nur, weil es Recht anerkennt und dehnt diese Wirkung bei den sog. Rechtsgestaltungsklagen bis zu dem Erfolge einer sonst erst erforderlichen Vollstreckung aus. Bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist ein subjektives Recht aber erst das Ergebnis der staatlichen Tätigkeit, herbeigeführt durch eine Mitwirkung der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der Prozeß ist ferner ein Rechtsschutzverfahren, das stets auch gegen den ausdrücklich erklärten Willen der anderen Partei durchgeführt werden kann, und er ist insofern stets ein Zwangsmittel. Für das Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit ist dagegen in den meisten Fällen die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich, ein Umstand, dem der im Laufe der Zeit allerdings viel zu eng gewordene Name dieses ganzen Teils der Zivilgerichtsbarkeit entnommen worden ist.[9])

Hauser[10]) und Schultze[11]) finden den Gegensatz in der formalen Wirkung des wesentlichen behördlichen Aktes, d. h. darin, daß diese im Prozeß rechtskräftige Feststellung, unanfechtbare Formalisierung des Rechts, Exekutivkraft sei, den Handlungen der freiwilligen

---

[7]) Wach I, S. 48.

[8]) G.V.G. §§ 8, 9; E.G.G.V.G. § 13.

[9]) Drechsler, im civ. Arch., Bd. 62, S. 407.

[10]) Hauser, Gerichtsverfassung, S. 54.

[11]) Schultze, Konkursrecht, S. 147.

Gerichtsbarkeit eine derartige Rechtswirkung aber nicht zukomme. Ihrer Ansicht kann nicht beigetreten werden. Denn einerseits handelt es sich nicht immer um Prozeß, wo rechtskräftige Formulierung des Rechts als Resultat des Verfahrens erstrebt wird, und andererseits kann Prozeß auch ohne dieses Ziel vorhanden sein. Auch durch rechtsgeschäftliche Tätigkeit, so durch Schiedsvertrag, das auf ihm beruhende receptum arbitri und das durch Vereinbarung geregelte Verfahren wird eine unanfechtbare Rechtsformulierung erreicht.[12]) Der Prozeß wiederum läuft nicht in allen seinen Erscheinungsformen, z. B. nicht bei den sog. exekutivischen Prozeßarten, der Klage auf Vollstreckungsurteil oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, auf eine derartige Rechtsformulierung hinaus. Hier ist nicht Hauptzweck die materiell rechtskräftige Entscheidung, die rechtskräftige Formulierung des Rechts; sondern hier kommt es in erster Linie darauf an, dem rechtskräftig festgestellten Anspruche die Kraft des Staatsbefehls an die staatlichen Vollstreckungsorgane zu geben, also auf die Vollstreckungsanordnung.[13]) Aber auch wenn die Wirkung des Prozesses tatsächlich stets unanfechtbare Rechtsformulierung wäre, so gehört es doch durchaus auch zum Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dasselbe Ziel durch bewußte Benutzung der Prozeßformen zu erreichen. Die Verwertung des Scheinprozesses, die römische Verwertung des lege agere in der in jure cessio und die ganz analoge deutsch-rechtliche Verwertung der Prozedur- und Urteilsform bei der Auflassung sowie die Benutzung der romanischen instrumenta guarantigiata[14]) und der deutschen Konfessat- und Gerichtsschulden liefern genügenden Beweis dafür. Die formale Wirkung der richterlichen Entscheidung, die im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit allerdings grundsätzlich der Abänderung durch das erkennende Gericht unterliegt, im Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit dagegen unter allen Umständen unabänderlich ist, kann also zum Unterscheidungsmerkmal nicht erhoben werden.

Man geht auch fehl, wenn man den Gegensatz beider in der Verschiedenheit ihrer Zwecke erblicken und zwar der streitigen Ge-

---

12) Wach I, S. 11 u. 61.

13) Wach I, S. 11, Anm. 13 u. 14.

14) Briegleb, Exekutivprozeß S. 35 ff: instrumenta guarantigiata paratam executionem habent prout sententiae quae in rem iudicatam transierunt.

richtsbarkeit die Verfolgung oder Verteidigung verletzter Rechte, d. h. die Aufhebung der Folgen einer bereits vorhandenen Rechtsstörung, der freiwilligen die Abwendung zukünftiger, drohender Störungen der Privatrechtsordnung zuweisen will. Noch Robert von Mohl[15]) bestimmte unter Anlehnung an Oesterley aus diesem Gesichtspunkte heraus die freiwillige Gerichtsbarkeit unter dem Namen „vorbeugende Rechtspflege" als den Inbegriff derjenigen Maßregeln, welche durch äußeren Zwang verbrecherische Rechtsstörungen verhindern sollen, und Frese[16]) kommt neuerdings bei einer Begriffsbestimmung zu demselben Ergebnis. Aber sie treffen nicht den Kern der Sache. Verbrecherischen Verletzungen der Privatrechtsordnung vorzubeugen, ist in erster Linie die Aufgabe der Polizei. Mohl selbst zieht demgemäß zu seiner vorbeugenden Rechtspflege einen großen Teil der Sicherheitspolizei Andererseits hat es auch die streitige Gerichtsbarkeit nicht lediglich mit der Beseitigung bereits eingetretener Verletzungen der Rechtsordnung, sondern ebenso damit zu tun, die Rechtssphäre des einzelnen in ihrem Bestande gegen drohende Gefahren zu schützen, insofern das Zivilrecht Anspruch auf solchen Schutz gewährt. Jeder Prozeß wirkt schließlich auch vorbeugend. Denn die Beseitigung einer Rechtsverletzung ist in ihrem Endergebnis nichts anderes als die Verhütung ihrer konstanten Erneuerung oder Fortdauer.[17]) Diesem Zwecke dienen spezifisch die Feststellungsklage, der Arrest und die einstweilige Verfügung. Durch ihre Aufnahme in die Zivilprozeßordnung ist jedenfalls anerkannt, daß die Besorgnis künftiger Störung oder Nichtverwirklichung eines Rechts einen Anspruch auf Sicherstellung dieses Rechts gewährt. Folgt schon hieraus, daß der Vorbeugungszweck nicht die Grenzscheide der freiwilligen gegenüber der streitigen Gerichtsbarkeit bilden kann, so kommt noch hinzu, daß sich einzelne Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt nicht diesem Zwecke unterordnen lassen. Denn wo liegt z. B. bei der Verleihung der Rechtsfähigkeit oder der Bestellung des Vormundes der Vorbeugungszweck? Beide haben nicht vorbeugende, sondern rein konstitutive Wirkung und sind doch zweifellos Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

---

15) v. Mohl, System der Präventivjustiz, S. 3—24.
16) Sächs. Archiv, Bd. VI, S. 99.
17) Wach I, S. 52; Schulze, Konkursrecht, S. 151.

§ 7.

Feststellung des begrifflichen Wesens der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Bei den verschiedenen Ergebnissen, zu welchen die Versuche einer begrifflichen Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit geführt haben, kann man ohne weiteres auf eine gewisse Schwierigkeit dieser Frage schließen. Diese Schwierigkeit mag ihren Grund darin haben, daß das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit an keiner Stelle den inneren Grundgedanken der Unterscheidung hervortreten läßt, sondern nur eine lose Aufzählung einzelner Materien enthält, bei deren Regelung sich der Gesetzgeber von den verschiedensten Rücksichten leiten ließ.[1]) Es ist nicht zu verkennen, daß z. B bei der Regelung des Vormundschaftswesens, der Annahme an Kindesstatt und dem Personenstandsregister das allgemeine Staatsinteresse, bei anderen Angelegenheiten dagegen, z. B. sämtlichen Registersachen das Interesse des großen Publikums an der Verkehrssicherheit bestimmend einwirkten. Oft ist die behördliche Mitwirkung auch vorgeschrieben, weil es sich um Angelegenheiten handelt, welche eine genaue Rechtskenntnis voraussetzen und ohne die autoritative Einwirkung rechtskundiger Personen erfahrungsgemäß nur schwer zu einem gedeihlichen Abschlusse zu bringen sind, z. B. Nachlaß-Teilungs- und Dispachesachen. Auch ethische Momente sprechen mit, wie bei der Regelung der Streitigkeiten unter Eheleuten inbezug auf güterrechtliche Verhältnisse.[2]) Zudem zeigt die geschichtliche Entwickelung, daß es sich bei der Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht um eine streng logische Sonderung mit spezifischer Differenz, sondern vielmehr darum handelt, für den Rest der Gerichtsbarkeit, der nach Abzug der streitigen übrig bleibt, einen gemeinsamen Namen zu haben. Denn sonst müßte das Verhältnis dieser beiden Arten der Gerichtsbarkeit zu allen Zeiten das gleiche gewesen sein; es dürfte eine Angelegenheit nicht heut der streitigen Gerichtsbarkeit angehören, während eine frühere oder kommende Gesetzgebung sie der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuweist und umgekehrt.[3])

---

[1]) **Dorner**, freiw. Gerichtsbarkeit, S. 10.

[2]) **Schultze-Görlitz**. Die Angelegenheiten der freiw Gerichtsbarkeit. S. 5.

[3]) **Fischer** über **Levis** im literarischen Zentralblatt 1902, S. 526 ff; **Dorner** a. a. O., S. 3; **Drechsler** im Civ. Arch. 62, S. 406.

Die Unterscheidung ist also mehr positiv rechtlicher Natur, als von innerer Notwendigkeit. Die Wissenschaft darf sich infolgedessen nicht dazu verleiten lassen, eine der gesetzlichen Auffassung widersprechende Einteilung vorzunehmen. Wie bei jeder Begriffsbestimmung, so muß sie sich auch hier streng an die gegebenen Rechtsnormen halten und in Anlehnung an sie der gekünstelten oder ungekünstelten Auffassung des Gesetzes Rechnung tragen. Sie muß also Halt machen vor dem positiven Gesetzbefehle, daß alle durch das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung der streitigen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Angelegenheiten zu dieser gehören, und daß alles, was durch die Reichsjustizgesetze und ihre Ergänzungen nicht berührt ist, außerhalb derselben liegt.

Diejenigen, welche den Gegensatz zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit im Vorbeugungszwecke erblicken, greifen dabei auf das legislativ-politische Moment über. Dieses muß aber, wie nachgewiesen, außer Betracht bleiben. Es kann nur auf den immanenten Zweck, den der Gerichtsbarkeit im Verhältnis zu den Staatsuntertanen innewohnenden Zweck ankommen.

Bei der streitigen Gerichtsbarkeit ergibt sich dieser Zweck aus der gesetzlichen Zusammenfassung der streitigen Zivilgerichtsbarkeit und der Strafgerichtsbarkeit. Denn beide müssen ein diese Zusammenfassung rechtfertigendes gemeinsames Moment haben, das sie als Kriterium der heutigen streitigen Gerichtsbarkeit von der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterscheidet. Zwar besteht zwischen beiden insofern eine wesentliche Verschiedenheit, als der Staat bei der Strafgerichtsbarkeit die selbständige Verpflichtung hat, mittels seiner Strafgewalt gegen den Bruch der Rechtsordnung einzuschreiten, während er bei der Zivilgerichtsbarkeit seine Macht nur einem Individuum zum Schutze bestimmter Interessen zur Verfügung stellt.[4]) Doch wird diese an sich verschieden gestaltete staatliche Funktion bei beiden von derselben Tendenz beherrscht. Das Interesse des Staates konzentriert sich in beiden Fällen darauf, daß das geschehe, was dem objektiven Rechte im konkreten Falle entspricht. Seine Aufgabe ist es, jedem gegen Verkümmerung seiner Rechte Schutz zu gewähren und dem Verbrecher diejenige Strafe aufzuerlegen, welche seinem Vergehen nach Rechtsgrundsätzen entspricht. Das Urteil enthält daher nicht nur eine

[4]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 146.

Gesetzesanwendung, sondern gleichzeitig den Befehl an alle, die es angeht, sich so zu verhalten, wie es dem im Urteile festgestellten Rechte entspricht. Um diesem Befehle den Gehorsam zu sichern, stellt sich der Staat mit seiner Macht hinter das Urteil, mag es sich beziehen auf das Gebiet der Straf- oder streitigen Zivilrechtspflege.[5]) Das Charakteristische der streitigen Gerichtsbarkeit ist also die Verwirklichung und nötigenfalls zwangsweise Realisierung des Rechts, kurz die Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung.

Die Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt in der unter behördlicher Mitwirkung erfolgenden Neugestaltung des Verkehrslebens, in der Begründung, Entwickelung und Veränderung neuer Rechtsverhältnisse durch gerichtliche Einwirkung allein oder in Verbindung mit Willenserklärungen der Beteiligten.[6]) Diese rechtsgeschäftliche Seite fehlt im Wesen der streitigen Gerichtsbarkeit. Zwar kommt dem ein Recht bejahenden rechtskräftigen Urteile auch eine Art rechtsgeschäftlicher Wirkung zu; aber diese Wirkung macht es ebenso wenig zum Rechtsgeschäft, wie seine bindende Kraft es zum Gesetze erhebt.[7]) Soweit man aber mit Menger[8]) von der bestimmungsgemäßen Entstehung neuer Rechte im Prozeß sprechen kann, sind sie prozessualisch-publizistischer Natur, soweit sie privatrechtlich sind, ist ihre Entstehung sekundäre Tatsache, nicht Selbstzweck wie bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Denn was gewollt ist, ist alles andere als Rechtsproduktion: es soll der Einklang zwischen den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen hergestellt werden.

Die Definitionen von Oesterley und Wach geben also auch heut noch im wesentlichen den sachlichen Unterschied zutreffend wieder. Jedoch haben diese Begriffsbestimmungen für das heutige Recht nur subsidiäre Bedeutung, weil die Reichsjustizgesetzgebung nach beiden Richtungen hin Abweichungen zeigt. Denn einerseits sind manche Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit nur zugewiesen, um ihnen den Vorteil kontradiktorischer Verhandlung in den besser ausgebildeten Formen des Zivilprozesses zuzuwenden. Andererseits sind manche Angelegenheiten den Beteiligten zu Liebe gerade diesen Formen ent-

---

5) **Laband**, Staatsrecht II, S. 338 ff.

6) **Monich**, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 33, S. 63 ff.

7) **Wach**, Handbuch I, S. 8.

8) **Menger**, System, S. 23 Nr. 7.

zogen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen, so die Streitigkeiten unter Eheleuten nach den §§ 1357, 1358 oder über Erziehungsfragen nach den §§ 1629, 1635 des bürgerlichen Gesetzbuchs. In dieser Zuweisung liegt keine unverbindliche theoretische Auffassung, sondern der Gesetzesbefehl, diese Angelegenheiten in allen Fragen des Verfahrens, des Rechtsmittelzuges u. s. w. in der einen oder anderen Art zu behandeln. Nur wenn man dies anerkennt, kann bei einer praktischen Abgrenzung der Gebiete der beiden Arten der Gerichtsbarkeit nach dem geltenden Rechte einer unheilvollen Unsicherheit und Verwirrung in der Anwendung der Verfahrensvorschriften beider vorgebeugt werden. Natürlich dürfen dabei Handlungen innerhalb der Zivilprozeßordnung, welche an sich dem Zwecke freiwilliger Gerichtsbarkeit dienen, und umgekehrt Handlungen innerhalb des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche an sich den Charakter streitiger Gerichtsbarkeit tragen, nicht als Ausnahmen angesehen werden, die nicht in das betreffende Gebiet gehören. Sondern solche Handlungen, die als notwendige Hilfsmittel Verwendung finden mußten, sind dann nur Mittel zum Zweck und als solche Bestandteile des betreffenden Gebietes. Nur der Gesamtcharakter des Verfahrens kann darüber entscheiden, ob die nach ihm zu erledigende Angelegenheit der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört. Demgemäß gehören sowohl die Verklärung als das Verfahren zur Sicherung des Beweises, bei denen es sich lediglich um präparatorische Beweisaufnahmen für das bevorstehende Hauptverfahren handelt, sowie der vorbereitende Schriftwechsel in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit.

B. Besonderer Teil.

Entgegen dem aus der Zivilprozeßordnung und ihren Ergänzungsgesetzen zu entnehmenden positiven Gesetzesbefehle wird aber trotzdem von manchen Seiten für eine Reihe der in der Zivilprozeßordnung geregelten Materien, insbesondere die Zwangsvollstreckung, das Mahn-, Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren der Charakter freiwilliger Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen, und werden dementsprechend auch die Verfahrensvorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für anwendbar erklärt.

Dieser Umstand nötigt zu einer näheren Untersuchung der betreffenden Angelegenheiten und zu einer Prüfung der Frage, ob der Standpunkt des Gesetzes mit dem inneren Wesen jener Angelegenheiten in Widerspruch steht, oder es sich um Angelegenheiten handelt, welche theoretisch sowohl der streitigen als der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugerechnet werden können.

§ 8.

Die Zwangsvollstreckung.

Was zunächst die Zwangsvollstreckung anlangt, so spricht weder ihr Charakter noch ihre geschichtliche Entwickelung gegen die Richtigkeit der gesetzlichen Auffassung, d. h. dagegen, daß sie einen Akt streitiger Gerichtsbarkeit bildet.

In der frühesten Zeit gab es keine Organe für die Verwirklichung des Rechts, sondern sich Recht zu verschaffen, war reine Privatsache der Rechtsuchenden. Erst im Laufe der Zeit übernahm der Staat, um Unbilligkeiten und Willkür zu vermeiden, eine sich immer mehr erweiternde Kontrolle dieser Privatexekution, bis er letztere schließlich völlig in seine Hand nahm.[1]) Der Richter erscheint nicht mehr als rechtlicher Beistand des Rechtsuchenden, sondern als amtlicher Vollstrecker der Rechtsordnung, der aus ihr und seiner rechtlichen Stellung zu ihr seine Befugnisse ableitet. Gleichzeitig wird die Zwangsvollstreckung ein nach bestimmten Gesetzen sich abwickelndes und deshalb im voraus berechenbares Verfahren staatlicher Behörden zum Zwecke der zwangsweisen Realisierung des Rechts, d. h. sie wird Bestandteil des Prozesses und damit Teil der streitigen Gerichtsbarkeit.[2])

Wenn man sie heut aus diesem Gebiete in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweisen will, weil sie erst beginne, wenn der Rechtsstreit urteilsmäßig beendet sei und selbst dann eintreten könne, wenn weder ein Prozeß noch ein Urteil vorhergegangen sei, nämlich auf Grund vollstreckbarer Urkunden freiwilliger Gerichtsbarkeit,[3]) so über-

---

[1]) von Amira, Vollstreckungsverfahren, S. 396 ff., konstatiert für das altnorwegische Recht die völlige Trennung der Zwangsvollstreckung vom Gerichtswesen.

[2]) Ihering, Geist des röm. Rechts, S. 120; Planck, Gerichtsverfassung II, S. 237; Renaud S. 63; Wach I, S. 129.

[3]) Schmitt, Zivilprozeß I, S. 25.

sieht man, daß sie heut keineswegs mehr stets eine neue in sich abgeschlossene Prozedur bildet. Denn sie fällt bei den Feststellungsklagen als eine an sich nur mögliche Erscheinung auf dem Gebiete des Prozeßrechts überhaupt fort und geht bei den Rechtsgestaltungsklagen sogar in eine notwendige Verbindung mit dem rechtskräftigen Urteile über. Soweit letzteres nicht der Fall ist, muß allerdings mit Fischer[4]) anerkannt werden, daß die Zwangsvollstreckung keinen Rechtsstreit und auch nicht den Bestandteil eines solchen bildet. Dieser Umstand steht aber ihrer Zurechnung zum Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit nicht entgegen, weil, wie oben dargelegt, der Rechtsstreit nur einen bestimmt begrenzten Teil der letzteren bildet. Außerdem erkennt der Staat in der Zwangsvollstreckung einen publizistischen Anspruch auf Rechtsschutz durch Rechtsverwirklichung an,[5]) verfolgt in ihr und mit ihr also den Zweck, einen der positiven Rechtsordnung entsprechenden Zustand herbeizuführen. Ihr Wesen entspricht also dem eines Aktes der streitigen Gerichtsbarkeit und ist demgemäß auch wie das sonstige Rechtsschutzverfahren in Voraussetzungen, Formen und Mitteln fast rein prozessualisch gestaltet. Das Gesetz spricht deshalb auch bei der Zwangsvollstreckung von Prozeßhandlungen, Prozeßkosten, Kosten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, prozeßrechtlichen Vorschriften usw. Der Standpunkt des Gesetzes, gegen den sich ein triftiger Grund nicht vorbringen läßt, ist also durchaus zu billigen.[6])

§ 9.

Das Mahnverfahren.

Ueber den geschichtlichen Ursprung des Mahnverfahrens herrscht in der Wissenschaft Streit. Einige[1]) wollen die ersten Anfänge der Entwickelung im römischen Interdiktenprozesse erblicken. Sie setzen dabei voraus, daß der Prätor schon auf einseitiges Anrufen des in seinem Besitze Verletzten eines der im Edikte vorgesehenen Interdikte erließ, das nur dann zu einem kontradiktorischen Verfahren führte, wenn Einwendungen erhoben wurden, und sehen im gemeinrechtlichen Mandatsprozeß nur eine weitere Entwickelungsstufe jener Erscheinungen.

---

[4]) Fischer über Wach, S. 420.

[5]) Gaupp-Stein II, S. 333.

[6]) Ebenso Drechsler im civ. Arch., Bd. 62, S. 410 und Fischer über Wach, S. 420.

[1]) Goldenring in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß I, S. 450.

Andere dagegen, insbesondere Skedl[2]) suchen die Grundlage im germanischen Rechte und halten demgemäß den gemeinrechtlichen Mandatsprozeß für germanische Grundsätze, die nur dem römischen Rechte möglichst angepaßt und demselben möglichst entsprechend dogmatisch behandelt seien. Briegleb[3]) hält ihn für eine Erfindung geistlicher Gerichte.

Feststeht nur, daß dies Institut, auf welchem Wege es auch entstanden sein mag, nach der Theorie des gemeinen deutschen Zivilprozesses und nach den Systemen des bayerischen und französischen Rechts zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörte, in Hannover dagegen einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildete.

Das heutige Mahnverfahren bietet zwar für die Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreits vor Gericht keinen Raum,[4]) kann aber leicht in einen Rechtsstreit übergehen. Demgemäß spricht das Gerichtskostengesetz auch von den Kosten des Mahnverfahrens als den Kosten des Rechtsstreits (G.K.G. § 37, C.P.O. § 698), betrachtet das Mahnverfahren also bei nachfolgendem Rechtsstreit nur als einen Bestandteil des letzteren.

Das Mahnverfahren dient aber auch dem Zwecke des Rechtsstreits, nämlich der definitiven richterlichen Feststellung und Verwirklichung privaten Rechts. Dieser Zweck wird hier zwar nicht auf Grund richterlicher Kognition, sondern ohne Sachentscheidung auf Grund von Präklusion erreicht. Auf das nackte Klagebegehren hin, das nur gehörig bezeichnet und wenigstens äußerlich rechtlich begründet erscheinen muß, ergeht der richterliche Zahlungsbefehl, der die Kraft eines vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils erhält, sofern gegen ihn kein Widerspruch erhoben wird.[5]) In seiner ganzen Gestaltung gleicht das Mahnverfahren daher einem Rechtsstreit, der durch ein Versäumnisurteil seine Erledigung findet. Beide haben dieselben Grundlagen. Das Versäumnisurteil ergeht, weil die Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung, der Vollstreckungsbefehl wird erteilt, weil die Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl versäumt worden ist. Man kann deshalb den Vollstreckungs-

[2]) Skedl, Mahnverf., S. 1 u. 2; Wach I, S. 43/44, Anm. 8.

[3]) Briegleb, S. 529.

[4]) Fischer über Wach, S. 421.

[5]) Wach, S. 44.

befehl geradezu eine Art Versäumnisurteil nennen.[6]) Und gehört nun alle Rechtshilfe, welche die Befriedigung an sich vielleicht unbestrittener, aber tatsächlich verletzter oder unerfüllt gebliebener Ansprüche bezweckt, in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit, so macht es keinen Unterschied, ob diese Rechtshilfe durch Erhebung einer Klage oder den Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls nachgesucht wird.

§ 10.

Das Entmündigungsverfahren.

Aehnlich liegt die Sache bei dem Entmündigungsverfahren. Auch hier sollen innere Gründe den gesetzlichen Standpunkt inkonsequent erscheinen lassen. Dabei sind die Ansichten über den Charakter des Entmündigungsverfahrens sehr geteilt.

Sieht man von denjenigen ab, welche hier eine theoretische und eine praktische Zurechnung unterscheiden und dadurch eine klare Grenzbestimmung zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt unmöglich machen, so lassen sich trotzdem noch drei verschiedene Richtungen feststellen, die alle mehr oder weniger zahlreiche Anhänger gefunden haben. Wach[1]) und andere rechnen das Entmündigungsverfahren im ganzen zur freiwilligen, andere wiederum im ganzen zur streitigen Gerichtsbarkeit,[2]) und eine dritte Meinung[3]) weist das amtsgerichtliche Beschlußverfahren der freiwilligen, das landgerichtliche Anfechtungsverfahren dagegen der streitigen Gerichtsbarkeit zu.

Aehnliche Schwankungen zeigt die Geschichte des Entmündigungsverfahrens, und schon dieser Umstand berechtigt zu dem Schluß, daß es sich hier um eine Materie handelt, die theoretisch sowohl als Akt der streitigen als auch als ein solcher der freiwilligen Gerichtsbarkeit konstruiert werden kann. Immerhin müssen für den gesetzlichen Standpunkt bestimmte Gründe vorhanden sein. Andererseits dürfen solche ihm auch nicht direkt entgegenstehen.

Vor dem 1. Oktober 1879 war die Entmündigung nach gemeinem, sächsischem, kurhessischem, mecklenburgischem und olden-

---

[6]) Drechsler im civ. Arch., Bd. 62, S. 419; Goldenring, Zeitschrift für deutsch. Zivilpr. I, S. 452; Völdendorff, Krit. Viertelj.-Schrift XXIII, S. 370.

[1]) Wach I, S. 57 ff.

[2]) so Lobe im sächs. Arch., Bd. IV, S. 66 ff.

[3]) Fitting, Zivilprozeß, S. 478.

burgischem Recht und den meisten anderen Partikularrechten ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit, indem man sie als eine Betätigung der obervormundschaftlichen Gewalt zwecks Feststellung der Vormundschaftsvoraussetzungen auffaßte.[4]) Den entgegengesetzten Standpunkt nahmen das preußische, das württembergische und das französische Recht ein; sie rechneten die Entmündigung zur streitigen Gerichtsbarkeit und brachten demgemäß in der Organisation und Form ein prozessualisches Verfahren zur Geltung.

Diesem Vorbilde ist die deutsche Zivilprozeßordnung nach dem Vorgange des hannoverschen, preußischen und norddeutschen Entwurfs gefolgt. Zwar gab es harte Kämpfe in der Reichsjustizkommission;[5]) aber man entschloß sich schließlich zu diesem Schritte mit Rücksicht auf die Folgen der Entmündigung, denen gegenüber die größere Weitläufigkeit und Kostspieligkeit des Verfahrens zurücktreten müßte. Allein sowohl die Gestalt, welche das Verfahren erhalten hat, als auch die Sache selbst zwingt zu einer Prüfung der Frage, ob das Entmündigungsverfahren — zunächst, soweit es vor dem Amtsgericht zu erledigen ist, — nicht trotzdem mehr die Züge eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt.

Von vornherein muß zugegeben werden, daß die vorgeschriebene Erledigung im streitigen, prozessualischen Verfahren zahlreiche und einschneidende Eigentümlichkeiten aufweist, welche sich sonst im Anwendungsgebiete der Zivilprozeßordnung nicht vorfinden. Nur darf nicht vergessen werden, daß die Uebertragung prozessualischer Form auf Akte rechtsgeschäftlicher Natur diesen nicht den Charakter eines Prozesses gibt, daß causae cognitio, Streiten und Entscheiden auch im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorkommen. Andererseits würde man ihn beim amtsgerichtlichen Beschlußverfahren mit Unrecht deshalb verneinen, weil das Verfahren von anderen Grundsätzen beherrscht ist als der Zivilprozeß in seiner gewöhnlichen Gestalt, weil hier das zuständige Amtsgericht nicht auf Klage, sondern auf Antrag eines der Beteiligten und nach der Inquisitionsmaxime die nötigen Ermittelungen vornimmt und dann die beantragte Entmündigung oder ihre Wiederaufhebung anordnet oder den Antrag zurückweist. Bündigen

---

[4]) Friedlaender im civ. Arch., Bd. 86, S. 475; Wach I, S. 56 u. a.

[5]) vgl. Motive zur Z.P.O., S. 370 ff.

Beweis dafür liefern der Strafprozeß, die historische Entwickelung des Zivilprozesses mit den vielfach wechselnden Maximen und besonders auch das heutige Verfahren in Ehesachen, das trotz des stark mitsprechenden Offizialinteresses wirklicher Prozeß ist.[6])

Ohne auf diese Punkte Gewicht zu legen, versucht Levis in seinem Werke über die Entmündigung Geisteskranker[7]) mit anderen Gründen den Nachweis, daß der gesetzliche Standpunkt dem Wesen des Entmündigungsverfahrens widerspreche. Obgleich er richtig erkennt, daß die Entmündigung heut nicht blos eine Feststellung der Vormundschaftsvoraussetzungen enthält, sondern ihr Haupt- und Selbstzweck darin liegt, das Individuum in seiner Handlungsorganfunktion zu beschränken, gelangt er zu dem gedachten Ergebnis einmal, weil der die Entmündigung aussprechende Beschluß konstitutive Wirkung habe und zweitens, weil es in dem Entmündigungsverfahren keine Parteirollen gebe.

Beide Gründe sind nicht stichhaltig. Wie schon früher ausgeführt, gehört es allerdings nicht zum Wesen der streitigen Gerichtsbarkeit, rein rechtserzeugend zu wirken. Sofern also anerkannt werden müßte, daß der Entmündigungsbeschluß tatsächlich rein konstitutive Wirkung hat, müßte man Levis beitreten oder die streitige Gerichtsbarkeit anders definieren. Das ist aber nicht der Fall. Wenn jemand infolge eingetretener Geisteskrankheit die Erkenntnis der rechtlichen Handlungsfähigkeit verloren hat, so hat der Beschluß deklarative Wirkung, er erhebt nur einen tatsächlichen zu einem Rechtszustande. Soweit diese Bedingungen aber nicht vorliegen, der Beschluß also dem Individuum erst die Handlungsfähigkeit entzieht, wirkt er rechtserzeugend nur seiner Idee nach, nämlich insoweit, als er die Rechtmäßigkeit des Entmündigungsantrages anerkennt. Rein konstitutiv wirkt er also ebenso wenig wie ein Urteil, durch welches eine Vortragsstrafe herabgesetzt wird. In beiden liegt die Anerkennung subjektiven Rechts und darin unterscheiden sie sich von dem Wesen der Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit.

Wenn es weiterhin im Entmündigungsverfahren an den zum Begriffe des Zivilprozesses nach der herrschenden Lehre[8]) erforderlichen

---

[6]) Wach, Handbuch I, S. 57.

[7]) Levis, S. 26, 29.

[8]) Bülow, Lehre von dem Prozeßeinreden, S. 1 ff; Schultze, Konkursrecht, S. 144; Planck, Lehrbuch I, S. 194.

Parteien fehlen soll, so kann daraus höchstens gefolgert werden, daß das Entmündigungsverfahren kein wirklicher Prozeß im Sinne dieser Lehre ist, nicht aber ist deshalb gleichzeitig seine Ausscheidung aus dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit begrifflich notwendig. Denn ein Parteibegriff im Sinne des ordentlichen Zivilprozesses läßt sich auch im Strafprozesse nicht konstruieren,[9]) dessen Zugehörigkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit trotzdem noch von keiner Seite bestritten worden ist. Anderseits läßt sich für ihn und alle anderen Prozeßarten, abgesehen von der singulären Erscheinung des Konsular-Strafprozesses, ein Parteibegriff in dem Sinne aufstellen, daß man darunter äußerlich einander gegenübertretende Gruppen versteht, die sich in Ansehung der Sache selbst nicht notwendig auszuschließen brauchen. Dann ist man allerdings gezwungen, die von Bülow begründete und seitdem herrschende Lehre aufzugeben, daß der Prozeß ein Rechtsverhältnis sei, in welchem die Vielheit der rechtlichen Beziehungen durch den im Gesetz als rechtlich wesentlich anerkannten einheitlichen Zweck zur Einheit verbunden werde.[10]) Für die Theorie des modernen Prozeßrechts würde dieser Schritt sogar mit Rücksicht auf das Entmündigungs- und das später zu behandelnde Aufgebotsverfahren förderlich sein.[11]) Außerdem ist die ganze Lehre gekünstelt. Ein von der Identität der berechtigten und verpflichteten Subjekte unabhängiges Rechtsverhältnis, in dem außerdem die Form und der Gegenstand der Verpflichtung, sowie ihr Umfang und ihre Modalitäten sich ändern können,[12]) ist zwar eine sehr gelehrte Konstruktion, aber ein Unding.

Begriffliche Schwierigkeiten stehen also auch einer theoretischen Zurechnung des amtsgerichtlichen Beschlußverfahrens zur streitigen Gerichtsbarkeit nicht entgegen.

Im landgerichtlichen Anfechtungsverfahren kommen solche aber überhaupt nicht in Betracht. Denn hier handelt es sich um die Prüfung und Feststellung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des amts-

---

[9]) Fischer über Levis, S. 527.

[10]) Anlehnung an die althergebrachte Definition: „iudicium est legitimus actus trium personarum, scilicet judicis, actoris et rei".

[11]) Fischer über Wach, S. 430; Oetker I, S. 37, Anm. 4 u. 5 sowie S. 43.

[12]) Wach I, S. 36, Anm. 7—9.

gerichtlichen Beschlusses in rein zivilprozessualischer Form. Zweck und Gegenstand des Verfahrens dienen also der Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung, tragen also die Züge eines Aktes der streitigen Gerichtsbarkeit und sind dieser daher mit vollem Rechte zugewiesen worden.[13])

§ 11.

Das Aufgebotsverfahren.

Das Aufgebotsverfahren will man der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuteilen, weil sein Zweck ein anderer sei als Rechtsschutz, Rechtsbewährung gegen objektiv rechtswidriges Verhalten.[1])

Zwar muß zugegeben werden, daß das Aufgebotsverfahren zum Teil die friedliche Auseinandersetzung von Rechtsverhältnissen unter Mitwirkung des Gerichts bezweckt, zum Teil auch für erst zu begründende Rechte sicheren Boden schaffen und dadurch Rechtsverletzungen vorbeugen soll. Andererseits hat aber z. B. die Kraftloserklärung gestohlener oder verlorener Urkunden ausschließlich den Zweck, bereits eingetretene Rechtsverletzungen zu beseitigen und für die Herstellung eines dem positiven Rechte entsprechenden Zustandes zu sorgen.[2]) Allerdings geschieht dies nicht in einem Rechtsstreit. Trotzdem ist das Aufgebotsverfahren nicht nur geschichtlich im Zusammenhange mit dem Rechtsstreit entstanden, sondern es hat auch heut noch — und darauf ist wohl das entscheidende Gewicht zu legen — eine so nahe Verwandtschaft mit dem gewöhnlichen Feststellungsverfahren, daß man es fast als eine Abart desselben bezeichnen könnte.[3])

Die Geschichte des Aufgebotsverfahrens knüpft an die Grundsätze des älteren deutschen Instituts der Verschweigung und an die damit zusammenhängende, nicht blos auf die Parteien beschränkte, sondern absolute Rechtskraft des richterlichen Urteils an. Der Berechtigte, welcher binnen Jahr und Tag geschwiegen, d. h. seinen rechtlichen Anspruch nicht geltend gemacht hatte, hatte sich dadurch seines Rechts verschwiegen, d. h. war desselben verlustig gegangen.

---

[13]) Ebenso Fischer über Wach, S. 417; Levis a. a. O., S. 58.

[1]) So Wach I, S. 59 ff.

[2]) Drechsler im civ. Arch., Bd. 62, S. 433.

[3]) Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 13, Drechsler a. a. O., S. 433.

Diese Verschweigung, die anfangs nur gegen den wirkte, der an der Gerichtsstätte anwesend war oder sein mußte, wurde im Laufe der Zeit auch für andere Gerichtsakte, insbesondere die Auflassung von Grundstücken verwertet. Nur wurde hier an die Beteiligten mit Rücksicht auf das Objekt noch eine besondere Mitteilung oder Aufforderung zur Geltendmachung ihrer Rechte gerichtet. Wurden Einwendungen nicht erhoben, so wurde der, zu dessen Gunsten die Verschweigung wirkte, gegen alle künftigen Ansprüche sicher und erlangte eine Rechtsstellung, die nicht mehr angefochten werden konnte und durfte.[4])

Mit diesem deutsch-rechtlichen Institut hat das Aufgebot des heutigen Rechts große Aehnlichkeit. Es ist eine ganz analoge, nur modern und zur Vollkommenheit ausgebaute Erscheinung. Wie jenes, so bezweckt auch dieses Feststellung durch Ausschlußurteil. Die Feststellung erfolgt wie im Rechtsstreit mit ganz absoluter Kraft oder mit beschränkter Wirkung, d. h. unter Vorbehalt der Rechte der sich etwa nachträglich Meldenden[5]) und beruht wie das Versäumnisurteil oder der Vollstreckungsbefehl auf der formellen Grundlage, daß kein Widerspruch erfolgt. Während aber in allen anderen Verfahrensarten ein bestimmter Gegner vorhanden sein muß, gegen den eine richterliche Feststellung begehrt wird, erfolgt diese Feststellung im Aufgebotsverfahren gegenüber einem unbekannten, ja selbst seiner Existenz nach ungewissen Gegner oder, wenn man lieber will, gegen jedermann.[6]) Gegner, welche von dem Rechte der Verteidigung gegen den beabsichtigten Ausschluß ihrer Rechte Gebrauch machen können, gibt es also auch hier. Es kann sogar ein bestimmter Gegner vorhanden sein, und mit dieser Möglichkeit muß das positive Recht in allen Aufgebotssachen im Interesse der Verkehrssicherheit rechnen. Immerhin kann man den für den römischen und gemeinrechtlichen Zivilprozeß zutreffenden Satz, daß der Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit einen bestimmten Gegner voraussetze, heut nicht mehr aufrechterhalten. Das dringende Bedürfnis, unter gewissen Voraussetzungen, namentlich bei absoluten Rechten, wie dem Eigentum zu einer absoluten Rechts-

---

[4]) vgl. Eck in den Verhandlungen des deutschen Juristentages, S. 57 ff; von Platner, historische Entwickelung u. s. w., S. 216 u. 230.

[5]) Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 13.

[6]) Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 14; Drechsler im civ. Arch. 62, S. 433; Uebel, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß I, S. 215.

feststellung zu gelangen, machte diese der Theorie des Prozeßrechts widersprechende Normierung des Verfahrens notwendig. Jedenfalls ist der Zweck des ganzen Instituts darauf gerichtet, Klarheit im Rechtsleben zu schaffen und ungewisse Zustände zu beseitigen. Dieser der Rechtspflege eigentümliche Zweck ist aber ein charakteristischer Zug im Wesen der streitigen Gerichtsbarkeit, in deren Gebiet also auch das Aufgebotsverfahren gehört. Dafür spricht insbesondere auch der Umstand, daß die Anfechtung des Ausschlusses es gleichfalls nur mit der Beseitigung einer der tatsächlichen Lebenslage widersprechenden Privatrechtswirkung zu tun hat.

§ 12.

Das Konkursverfahren.

Erhellt aus den bisherigen Ausführungen, daß alle im Anwendungsgebiete der Straf- und Zivilprozeßordnung liegenden Angelegenheiten nicht nur von Gesetzeswegen sondern auch begrifflich der streitigen Gerichtsbarkeit angehören, so taucht des weiteren die Frage auf, welchem Gebiete nach heutigem Rechte der Konkurs zuzuzählen ist.

Sieht man von den frühesten Anfängen der Personalexekution des römischen Rechts ab, bei der das Vermögen des Schuldners höchstens als Dependenz seiner Person den Gläubigern zufiel, so läßt sich behaupten, daß die lex Poetelia aus dem Jahre 441 oder 371 v. Chr. die Grundlage des heutigen Konkursverfahrens bildet, weil sie zuerst den Gläubigern ein von der Personalexekution unabhängiges Recht auf das Vermögen des Schuldners und zwar auf sein ganzes Vermögen gab.[1]) In Anlehnung an das Konfiskationsverfahren gegen den damnatus und proscriptus wurden sodann von dem Prätor, dem die Ausführung des Gesetzes und der weitere Ausbau des Verfahrens oblagen, die Institute der missio in bonorum possessionem, der bonorum proscriptio und venditio eingeführt.[2]) Sie bedeuten einen praktisch wichtigen Erfolg auf dem Gebiete der Rechtsverfolgung. Denn nicht nur der Gesuchsteller, sondern jeder Gläubiger kann nunmehr auf Grund der missio den Besitz der dem Schuldner

---

[1]) von Bethmann-Hollweg II. S. 668: „pecuniae creditae bona debitoris non obnoxium esset“.

[2]) Oetker I, S. 20, Anm. 1.

gehörigen Gegenstände ergreifen; das Prinzip der Gläubigergleichheit, das auch heut noch gilt, ist durchgeführt.[3]) Das Verfahren läuft auf eine Vollstreckung für alle Gläubiger hinaus und bleibt bis auf und noch unter Justinian ohne wesentliche Veränderungen, ein sprechender Beweis für seine Güte.

Im Anschluß hieran entwickelte sich der italienische Arrestprozeß[4]) und der gemeinrechtliche Konkursprozeß, der aus einer Verschmelzung des rezipierten fremden Rechts und dem vorsorglichen Zwangsverfahren (Arrestprozeß) des deutschen Rechts hervorgegangen ist.[5]) Dieses gemeinrechtliche Konkursverfahren bezweckte die definitive Feststellung und Befriedigung der im Konkurse beteiligten Gläubigerforderungen nach Betrag und Rang aus dem zur Konkursmasse gehörigen gemeinschuldnerischen Vermögen und zeigte demgemäß völlig die Natur eines Rechtsstreits mit kontradiktorischer Verhandlung zur urteilsgemäßen Feststellung der einzelnen Ansprüche.[6]) Es wurde deshalb auch von der Theorie und Praxis ganz allgemein als Teil der streitigen Gerichtsbarkeit behandelt. Denselben Standpunkt nahmen zahlreiche Partikularrechte, so die von Hannover, Baden, Württemberg und Bayern ein und normierten das Konkursverfahren demgemäß in der Zivilprozeßordnung und zwar wegen seiner Aehnlichkeit mit der Zwangsvollstreckung unmittelbar vor oder nach dieser.

Das preußische Recht dagegen und ihm folgend das deutsche Recht regelten das Konkursverfahren in einem besonderen Gesetze. Daraus darf nicht gefolgert werden, daß das heutige Konkursverfahren nicht zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehöre, sondern der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzurechnen sei. Die selbständige Stellung des Konkurses hat ihren Grund lediglich darin, daß in der Konkursordnung nicht nur das Verfahren, sondern auch das den Konkurs betreffende Privatrecht, das materielle Konkursrecht normiert ist. Die Stellung der Konkursordnung im Systeme der Reichsjustizgesetze und der Wortlaut der Gesetze lassen im Gegenteil darüber keinen Zweifel, daß der Konkurs als Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit zu betrachten ist. Denn sonst könnte das Gerichts-

---

[3]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 5.

[4]) Hierüber Näheres bei Wach, Arrestprozeß, §§ 1—10.

[5]) Planck, Deutsches Gerichtsverfahren II, § 148 ff; Kohler, Lehrb., S. 32.

[6]) Drechsler a. a. O., S. 425; Wach I, S. 44.

verfassungsgesetz, das nach § 2 seines Einführungsgesetzes nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung findet, vom Gesetze nicht mit der Strafprozeß-, der Zivilprozeß- und der Konkursordnung zu einem einheitlichen Ganzen zusammengefaßt werden, und dürfte es selbst nicht auch dort allgemein von Prozeßordnungen sprechen, wo die Konkursordnung mitverstanden wird.[7]) Außerdem geben die Motive zu § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes unzweideutigen Aufschluß über die dem Gesetz zu Grunde liegende Auffassung, wenn sie sagen: „Die Zuständigkeit und der Geschäftskreis der Amtsgerichte wird durch die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Strafprozeßordnung vervollständigt und ergänzt.“

Daß die Motive zur Konkursordnung sich nicht an die Dogmatik des Gesetzes gehalten, sondern das Konkursverfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gerechnet haben, ist demgegenüber unerheblich. Trotzdem fehlt es nicht an Versuchen, welche in Anlehnung an sie den gesetzlichen Standpunkt als unrichtig bezeichnen und diese Ansicht aus dem inneren Wesen des Verfahrens zu rechtfertigen bestrebt sind.[8]) Man darf sich zu diesem Schritte aber nicht verleiten lassen. Zwar bietet das Konkursverfahren in seiner heutigen Gestalt nicht mehr wie ehedem im gemeinen Rechte[9]) Platz für das Austragen eines Rechtsstreits über angemeldete Forderungen, sondern müssen solche Streitigkeiten heut in den Formen des ordentlichen Verfahrens erledigt werden. Aber dies ist eine rein äußerliche Eigentümlichkeit; sie erklärt sich aus den verschiedenartigen Verhältnissen, welche im Konkurse zusammentreffen, insbesondere aus der ihm zu Grunde liegenden Kollision zahlreicher Interessen, so des Schuldners mit dem der Gläubiger, der Gläubiger mit dem des Schuldners und schließlich der Gläubiger untereinander.[10]) Die Lösung dieser Interessenkollision und damit die Feststellung der von den Gläubigern angemeldeten Forderungen kann im engeren, eigentlichen Konkursverfahren, ohne Verwirrungen und Verzögerungen des Verfahrens herbeizuführen, nur ohne Sachentscheidung und zwar ähnlich wie beim Versäumnis-, Mahn-

[7]) Holtzendorff, Rechtslexikon II, S. 105.
[8]) vgl. Menger, österr. System, S. 20.
[9]) vgl. Schultze, Konkursrecht, S. 155.
[10]) Schmidt, Lehrbuch, S. 94 u. 135.

und Aufgebotsverfahren nur dann erfolgen, wenn kein Widerspruch gegen die Anmeldungen erhoben wird. Die Feststellung erfolgt alsdann durch die Eintragung in die Konkurstabelle mit der Wirkung eines Urteils und ist ein Mittel zum Zwecke der Vollstreckung behufs Befriedigung der Gläubiger des Gemeinschuldners.[11]) Das Wesen des Konkursverfahrens liegt also in der Feststellung und Zwangsvollstreckung, den Kriterien der streitigen Gerichtsbarkeit.

Die im Konkurs erfolgende Zwangsvollstreckung hat zudem mit der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung nicht nur Berührungspunkte, sondern wesentliche Merkmale gemeinsam. Die Konkursmasse deckt sich im allgemeinen mit dem der Zwangsvollstreckung unterworfenen Vermögen. Vorzugsweise Befriedigung bei der Zwangsvollstreckung und abgesonderte Befriedigung im Konkurse sind fast analoge Begriffe. Die Gründe, welche eine Anfechtung im Interesse der Zwangsvollstreckung rechtfertigen, sind auch für die Anfechtung im Konkurse wirksam, nur treten für letzteren noch einige besondere Gründe hinzu.[12]) Berücksichtigt man endlich noch, daß in der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners eine sich meist auf eine Mehrheit von Gläubigern erstreckende Störung der Rechtsordnung liegt, so erscheint der gesetzliche Standpunkt durchaus gerechtfertigt. Immerhin kann nicht unerwähnt bleiben, daß in der Liquidierung der Konkursmasse ein wesentlich administratives Moment liegt und der Staat bei der Bestellung des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses sowie bei der Verwaltung des Schuldnervermögens eine Art obervormundschaftliche Tätigkeit entfaltet,[13]) die an sich dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehört. Aber diese Tatsache zwingt doch nicht dazu, jene Bestandteile aus ihrem Zusammenhange herauszureißen und gesondert zu betrachten. Glaubt man sich dazu berechtigt, so läßt man über den Charakter des Verfahrens nicht den ihn beherrschenden Grundzug, sondern unwesentliche Momente entscheiden, die als Mittel zur Erreichung eines einheitlichen Zweckes notwendig Verwendung finden mußten. Das Unrichtige dieser Anschauung liegt auf der Hand. Auch müßte man sonst bei fast allen Rechtsstoffen, insbesondere der Zwangsvollstreckung ähnliche Bedenken erheben, und dann sollte man

---

[11]) Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 2.

[12]) Fischer über Wach, S. 408.

[13]) Förster-Eccius IV, S. 791, Anm. 6.

lieber die Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit überhaupt aufgeben. Sie würde statt der Rechtsanwendung zu dienen, ihr nur Schwierigkeiten bereiten. Ein Vergleich des Konkurses mit der Liquidation einer Handelsgesellschaft, der gleichfalls zum Nachweise der Unhaltbarkeit der gesetzlichen Auffassung gezogen wird, ist ebenso verfehlt. Denn es besteht der wesentliche Unterschied zwischen beiden, daß die Liquidation der Handelsgesellschaft den Gläubigern im Gegensatze zum Konkurse volle und freie Befriedigung gewähren soll, unter den Gesellschaftern aber die actio pro socio entscheiden muß.[14]) Wo also liegt das theoretische Moment, das erfolgreich der gesetzlichen Zurechnung des Konkurses zur streitigen Gerichtsbarkeit entgegengesetzt werden könnte?

Innerhalb dieses Gebietes gehört der Konkurs seinem Wesen nach zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, unter welchen man sonach nicht nur die dem sachlichen Geltungsbereich der Zivilprozeßordnung unterliegenden Materien, sondern das gesamte Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit zu verstehen hat.

---

[14]) Wach I, S. 49, Anm. 11.

§ 13.

Schlußbemerkung.

Bei einem Rückblick auf vorstehende Ausführungen ergibt sich, daß die Bezeichnungen für die beiden Arten der Gerichtsbarkeit, deren Abgrenzung versucht worden ist, heut auch nicht mehr annähernd den begrifflichen Unterschied beider wiedergeben. Nur geschichtliche Gründe können dazu bewegen, an den althergebrachten Namen festzuhalten und sie sind so wertvoll, daß man von jedem Versuche, für sie andere Namen zu erfinden, im Interesse der Sache Abstand nehmen sollte.

Das Gleiche empfiehlt sich in Ansehung des Wortes Gerichtsbarkeit, soweit die nicht zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörende Tätigkeit des Staates auf dem Gebiete der Rechtspflege in Frage steht. Auch wenn es sich hier nicht oder wenigstens nicht ausschließlich um Gerichtsbarkeit im technischen Sinne, sondern nur um privatrechtliche Verwaltungstätigkeit des Staates handelt, spricht doch der § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze ausdrücklich von jeder anderen Gerichtsbarkeit, wo es die freiwillige Gerichtsbarkeit meint. Dem Wortlaut des Gesetzes muß auch die Theorie folgen; sie muß sich, wo feste Normen vorhanden sind, stets an diese halten, wenn ihre Lehren praktische Bedeutung haben sollen.

Lebenslauf.

Ich, Bruno Dommer, bin am 13. Oktober 1879 zu Kolmar in Posen geboren, bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Gymnasium zu Rogasen, das Progymnasium zu Tremessen und das Gymnasium zu Gnesen. Von letzterem erhielt ich Ostern 1899 das Zeugnis der Reife zur Universität. Ich studierte Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten Berlin und Breslau und hörte Vorlesungen der Professoren Burchardt, Gierke, Kohler, Oertmann, Pernice, Rehme, Schollmeyer, Sehring, Wagner, Wolff, Zeumer, Brie, Dahn, Fischer, Gretener, Jörs und Schott.

Im Frühjahr 1903 bestand ich zu Breslau die erste juristische Prüfung. Kurz vorher hatte ich eine von der juristischen Fakultät der Universität Breslau gestellte Preisaufgabe erfolgreich bearbeitet. Ihr Inhalt liegt im wesentlichen dieser Dissertation zu Grunde.